

DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Una polémica sentencia sobre acuerdos de gestación sustitutiva



En la obra *Dieci lezioni di diritto civile*, publicada este año por Editorial Giuffrè dentro de la *Collana per la didattica* que dirige la profesora Giovanna Visintini, los profesores Francesco Busnelli y Michele Sesta escribieron dos interesantes comentarios sobre la decisión del juez Schettini en un célebre caso que enfrentó a un profesional de la medicina con una pareja que había contratado los servicios de una madre portadora. Consideramos importante hacer un resumen de tales comentarios, en especial porque la sentencia se dictó en un país que, como Colombia, no tiene leyes que cobijen estos temas de manera directa.

••••• El caso

En 1995 un médico italiano se comprometió a transferir el embrión formado con los gametos de una pareja al útero de una tercera mujer. Ese mismo año comenzó a regir en Italia el Código de deontología médica, que prohibió a los profesionales cobijados por sus disposiciones, aplicar procedimientos de fecundación asistida dentro del marco de contratos de gestación sustitutiva (*maternità surrogata*).

En 1999, la pareja convino con una mujer la gestación del embrión que permanecía crioconservado y acudió al médico para exigirle el cumplimiento de su obligación de hacer. Éste se negó a realizar la transferencia embrionaria por considerar que se lo impedía la disposición del Código de deontología médica.

La pareja acudió a un tribunal romano para solicitarle –como medida de urgencia– que ordenara –o consintiera– que el médico cumpliera la obligación adquirida, a pesar de la existencia de la prohibición deontológica.

••••• La decisión del juez

El juez decidió el 17 de febrero de 2000 lo siguiente, según nos lo resume el profesor Sesta: “El acuerdo de maternidad subrogada, en el caso de transferencia a la madre portadora de un embrión formado con material genético de la pareja comitente, es legítimo si no se prevé una contraprestación y la actuación de las partes no tiene como propósito eludir las normas sobre la adopción o sobre la indisponibilidad del estado civil.

“En consecuencia, en el caso *sub examine*, es legítimo el contrato concluido entre la pareja comitente y el médico –celebrado antes de la entrada en vigor del Código de deontología médica–, que tiene por objeto la fecundación *in vitro* y la intervención de la madre subrogada y, en vista del derecho de la pareja a que se proceda a la implantación del embrión, y el perjuicio inminente e irreparable que podría derivarse de la crioconservación de éste, se autoriza su implantación en el útero de la madre portadora” (p. 88).

De acuerdo con el mismo autor, los pasajes más sobresalientes de la argumentación del juez romano fueron los siguientes:

- a) “Afirmó la falta de legislación específica en materia de fecundación asistida, así como de adecuación del ordenamiento actual frente a las novedades que presenta la genética;
- b) también los cambios en la concepción de la función generadora, con la consiguiente aceptación de la escisión entre el papel biológico y el social de los progenitores;
- c) reconoció la existencia de un derecho a ser padre (progenitor), como derecho constitucionalmente tutelado, con independencia del evento natural del parto;
- d) consideró que el consentimiento de la madre subrogada es lícito; siempre que no se haya dado a título oneroso y no contrarfe el artículo 5 del C. C., el orden público o las buenas costumbres;
- e) reconoció la facultad de la madre subrogada de participar en la crianza del niño;
- f) subrayó la necesidad de examinar en el caso concreto la actitud de los cónyuges y de la donante en la celebración del contrato de maternidad subrogada;
- g) consideró que el código deontológico es una norma con eficacia meramente interna, sin posibilidad de incidir directamente en el sistema legal” (p. 90).

De acuerdo con la sentencia, a falta de legislación, corresponde al juez “valorar y tratar de resolver los problemas relacionados con el desarrollo de una historia humana, única en cuanto tal, y diferente porque se inserta en una realidad de afectos, emociones, sentimientos, que pertenecen a cada individuo y son solamente suyos”. Este argumento merece la crítica de Sesta que lo califica como indebida invasión judicial en la esfera de la conciencia individual. (p. 91)

Mientras el juez estima que el deseo de los miembros de la pareja comitente de realizarse como progenitores es un interés que merece tutela jurídica que puede encontrar cobijo dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que a ello se suma el derecho del embrión a la vida, el profesor opina que el interés por procrear no puede traducirse en la existencia de

un verdadero derecho constitucional a la procreación y que so pretexto de reconocer tal interés no puede quebrantarse el principio de indisponibilidad de los *status*, como tampoco puede la madre subrogada abdicar de su papel parental (p. 91).

Según la providencia, la conciencia moral y social no puede permitir la comercialización de una función tan elevada como la maternidad, porque ello constituiría una lesión de la dignidad humana, pero tal afirmación debe ponerse en duda cuando el consentimiento para la utilización del útero se otorga por motivos solidarios y con espíritu de liberalidad.

••••• *La posición del profesor Sesta*

Michele Sesta pone de presente que el examen sobre la validez y eficacia de la obligación del médico de transferir el embrión previamente formado debe estar precedido del análisis de las mismas condiciones en cuanto atañen a las prestaciones que puedan deducirse del acuerdo de maternidad subrogada, y procede a analizar las disposiciones italianas que, en su concepto, se desconocen en el fallo comentado.

Se plantea, en primer lugar, la cuestión de la observancia del artículo 5 del Código Civil italiano que regula los actos de disposición sobre el cuerpo propio, para informarnos que, de acuerdo con la doctrina dominante, la práctica de las técnicas de procreación humana asistida—incluida la maternidad subrogada—no se cuentan dentro de los actos que disminuyen en forma permanente la integridad física de las personas.

El autor considera, en cambio, que una maternidad escindida del parto entra en conflicto con lo dispuesto en los artículos 239 y 248, así como en el apartado 3 del artículo 269 del C. C., y con el artículo 567 del C. Penal. En el ordenamiento italiano, dice, la maternidad se determina por el parto; aun quienes afirman la admisibilidad de los acuerdos de subrogación, sostienen que la madre portadora puede negarse a cumplirlos y proceder a denunciar el hijo como propio. Reconoce que las normas citadas presuponen la concepción natural y no contemplan las hipótesis que han hecho posibles las nuevas técnicas de procreación asistida, pero niega que, de acuerdo con la legislación vigente, sea posible fundamentar la atribución del estado civil en el “momento volitivo”, o dejar de aplicar las normas antes señaladas so pretexto de dar cabida a los hechos nuevos que plantean tales avances técnicos. En el caso *sub iudice*—recuerda—no se planteaba la posibilidad de inhibir una acción de impugnación que se pretendiera utilizar en forma “abusiva”—por el marido que ha dado su consentimiento para la inseminación de la esposa con semen de donante¹—, sino la de consentir la formación del *status* de hijo de la madre genética, por fuera de lo previsto en la ley, y simultáneamente impedir la formación del que le correspondería de conformidad con las normas existentes (el de hijo de la parturienta) (p. 94).

¹ Sentencia de la Corte di cassazione italiana, número 2315 de 1999, que consideró inaplicable a un caso de impugnación de la paternidad por el esposo que había autorizado la inseminación heteróloga de su mujer, el artículo 235 del Código Civil. Esta norma prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de impugnación con base en el adulterio de la mujer. La Corte argumentó que cuando el consentimiento del marido ha precedido a la fecundación de la esposa con semen de un tercero, no existe identidad de ratio, ni homogeneidad de los elementos esenciales con la hipótesis prevista en el artículo 235 y, por lo tanto, su aplicación presupondría una interpretación extensiva o análoga incorrecta.

No le parece posible sostener, de acuerdo con la legislación en vigor, que, como el artículo 67 de la ordenanza de estado civil y el 269 del C.C. se refieren a la “maternidad natural” y no a la que surge de la fecundación heteróloga, el juez esté autorizado, en estos casos, para aplicar principios diferentes y ordenar al oficial de estado civil que inscriba como madre a quien ha aportado el material genético.

••••• *Los contratos de gestación sustitutiva, el orden público y las buenas costumbres*

A continuación procede a examinar si los acuerdos de maternidad subrogada son contrarios al orden público y a las buenas costumbres. Como premisa fundamental afirma que éstas constituyen un “cuerpo de reglas deontológicas no formalizadas...” y, por lo tanto, la cláusula general que se refiere a ellas implica “el reenvío, por el legislador, a valoraciones que no han sido realizadas por el derecho”; si la comunidad opina que un acto es contrario a las buenas costumbres, “el juez debe hacer suya tal opinión y entonces, la valoración social viene a ser la base de la contraposición entre contrato lícito y contrato ilícito” (p.95).

La interpretación de las buenas costumbres a la luz de esta concepción que el mismo autor califica de “no estatalista” permite distinguirlas del orden público. Mientras éste se refiere a los principios (ideológicos, políticos y económicos) que, aun cuando de manera expresa no formen parte de una regla de conducta, se difunden en el ordenamiento jurídico considerado como un todo, y constituyen su fundamento, las buenas costumbres individualizan “el fundamento ético residual que inspira siempre al orden jurídico”. Numerosas señales indican que la sociedad mira los contratos de maternidad subrogada como actos contrarios a los principios éticos comúnmente aceptados (p. 95).

••••• *A manera de conclusiones*

Para sacar conclusiones, el profesor argumenta que la prohibición de la maternidad subrogada en el Código de deontología médica es reflejo directo del concepto emanado del Comité Nacional de Bioética el 17 de junio de 1994, que valoró negativamente tales acuerdos desde el punto de vista ético y desde el jurídico. En este último aspecto el Comité estimó que, de acuerdo con el derecho de familia vigente en Italia, el contrato de maternidad subrogada debe considerarse ilícito y, en consecuencia, no puede influir en la definición del estado de hijo cuya certeza y estabilidad deben quedar suficientemente garantizadas por el ordenamiento. En sede de derecho penal aconsejó erigir en delito la conducta de los intermediarios que actúan mediante retribución. (p. 94).

El autor recuerda, además, que la maternidad subrogada se encuentra prohibida en diversos ordenamientos nacionales y que en el Reino Unido sólo se la tolera cuando se conviene a título gratuito; también, que las orientaciones del Comité Nacional de Bioética se adoptaron en el proyecto de ley aprobado en la Cámara de Diputados el 16 de mayo de 1999, así como la prohibición de la “práctica subrogatoria” que contienen los puntos 11 y 15 de la Resolución expedida por el Parlamento Europeo el 16 de marzo de 1989 sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro* (p. 95).

Para el autor, las orientaciones y disposiciones anteriormente citadas muestran la tendencia a considerar los contratos de maternidad subrogada contrarios a los principios éticos comúnmente aceptados; no son creaciones arbitrarias del intérprete, aparecen en documentos idóneos para representar un mínimo ético compartido por los integrantes del grupo social, que debe ser individualizado y "apropiado" por el ordenamiento, aun en una sociedad pluralista como la actual (p. 95).

Aun si se adopta, dice, una interpretación restrictiva de la cláusula de buenas costumbres, que la reduzca a un mero eco de las prohibiciones contenidas en el ordenamiento positivo, las normas sobre atribución de la maternidad y las que regulan la adopción, constituyen obstáculos legales para admitir jurídicamente el sistema de técnicas que escinden concepción, gestación y parto (p. 96).

No cree el articulista que los anteriores obstáculos puedan superarse mediante la invocación de un derecho a procrear, entendido como "derecho fundamental de la persona a convertirse en progenitor, a valorar y elegir libremente las opciones en relación con la necesidad de procrear", tal como lo dice la sentencia que, además, precisa que "la plenitud del *status* puede encontrarse en la adopción y en la transmisión del patrimonio genético propio" (p. 96)².

El derecho a la procreación, cuya existencia reconoce el profesor, no debe confundirse con un supuesto derecho a "desarrollar el papel social de progenitor con independencia de la capacidad reproductiva propia"; si tenemos en cuenta que las normas sobre adopción tienden a satisfacer los intereses del menor abandonado y no el mero deseo de una pareja de ejercer los deberes y derechos paternos, debemos concluir que no existe un derecho incondicional a ser padres. En todo caso, "es claro que el derecho a procrear está ínsito en la personalidad humana y, en consecuencia, el sujeto puede recurrir a todos los medios que le ofrece la medicina para curar su esterilidad; sin embargo, esto no significa que la pareja en la cual la mujer no está en condiciones de llevar a término la gestación de un niño, pueda conseguir el propósito de tener un hijo, mediante la utilización del cuerpo de otra mujer. Esta forma de disposición del cuerpo no constituye un medio terapéutico, sino un acto jurídico sujeto a los límites de legitimidad" (p. 97).

Tampoco existe analogía entre este caso y el de la autorización de la fecundación *post mortem* porque en tal hipótesis el único derecho en juego era el de la vida del embrión.

Ni siquiera el argumento que se basa en el derecho del embrión a la vida—casi unánimemente aceptado—es idóneo para afirmar que el ordenamiento italiano actual admita alguna forma de subrogación de maternidad.

Si, a pesar de las disposiciones comentadas, se celebra un acuerdo de maternidad y se cumplen en forma espontánea las prestaciones convenidas, permanece el problema de la atribución de status al nasciturus. Opinamos, dice Michele Sesta, que una vez nacido y luego del reconocimiento paterno—enteramente admisible y válido porque corresponde a la verdad—, el niño sería considerado hijo natural del varón de la pareja comitente y su mujer podría solicitar la adopción; siempre, claro está, que la parturienta, de acuerdo con la ley vigente, no intente proceder al reconocimiento (p. 98).

² En la sentencia se considera que el parto ha perdido su función reveladora para pasar a representar el evento terminal de una secuencia compleja, a veces simplemente natural, a veces asistida por la medicina.

• • • Busnelli: ¿hacia una madre "intercambiable"?

En el tormentoso sector de la fecundación asistida, ante el silencio del legislador, los jueces deben resolver los litigios que se les plantean, mediante la aplicación directa de los principios constitucionales; es la tesis que sirve de marco al comentario que Francisco Busnelli hace de la misma providencia.

Para él, en la decisión comentada, el objetivo de justicia sustancial que seguramente inspiró al juez, se desdibuja en soluciones fundadas sobre una visión distorsionada de los principios, contrarias a las reglas generales del sistema normativo, arbitrarias porque caen en la veleidad de tratar de "desestructurar" y "redefinir" la identidad materna, en la firme convicción del juez de estar llamado a rediseñar los límites del fenómeno de la maternidad (p. 99).

El juez hubiera podido basar su decisión en el principio de tutela de la vida humana desde su comienzo, tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 194 de 1978, de acuerdo con el artículo 2 constitucional que reconoce y garantiza los derechos inviolables del "hombre", "entre los cuales no puede dejar de colocarse, aunque con sus características particulares y propias, la situación jurídica del concebido", tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia número 27 de 1975. En desarrollo de este principio, el juez romano habría podido no sólo autorizar, como lo hizo, sino ordenar, la transferencia al útero de los embriones congelados. De otra parte, ha debido renunciar a pronunciarse sobre el futuro status del nascituro, susceptible de determinación según los dictados de la actual normativa vinculante para el intérprete—le guste o no— (p. 101).

La sentencia, en cambio, de manera incorrecta según el profesor Busnelli, da preeminencia a la afirmación de un verdadero y propio derecho a procrear que encontraría su fundamento en aquel más amplio, expresamente garantizado por la Constitución, de manifestación y desarrollo de la personalidad (p. 101).

De esta manera se distorsiona el principio del derecho a la procreación consciente y responsable, regulado en forma paralela con la tutela de la vida humana desde su comienzo, en la ley italiana. La existencia de este derecho no implica el reconocimiento constitucional de un derecho a convertirse en padre, valorar y elegir las opciones en relación con la necesidad de procrear, tampoco deja entrever la posibilidad de reconocer a cada mujer el derecho de ser madre sin previo y propio embarazo (p. 101).

Para Francesco Busnelli, el reconocimiento de un derecho a la procreación consciente y responsable no introdujo en el derecho italiano ni, en general, en el europeo, la *procreative liberty* del norteamericano. El mencionado derecho debe entenderse, si se quiere evitar su interpretación indebida y distorsionada, de acuerdo con los documentos internacionales que hablan de un derecho fundamental de los padres a "*déterminer librement et consciemment la dimension de leur famille*" (art. 16 de la Conferencia internacional de Teherán sobre los derechos del hombre, de 1968) y, en particular, a "*décider du nombre d'enfants qu'ils veulent avoir et du moment de leur naissance*" (Recomendación número 675 de 1972, de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa). En resumen, este derecho es cosa muy distinta del deseo de vivir la paternidad o la maternidad y, en consecuencia, no puede decirse que el tribunal de Roma haya realizado una operación hermeneútica correcta (p. 102).

En cuanto a la afirmación categórica contenida en la sentencia sobre la admisibilidad y licitud del contrato de maternidad subrogada cuando la madre portadora no recibe contraprestación por su ayuda a la procreación, Busnelli recuerda la sentencia del Tribunal de Monza, del 27 de octubre de 1989, según la cual en el ordenamiento italiano el acto dispositivo sobre el propio cuerpo que está en juego en el contrato de maternidad subrogada no puede ser objeto de una obligación del derecho habiente a cumplirlo o a permitir que otro lo cumpla sobre él y, es contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres (p. 103).

Es verdad, dice, que el legislador no podía prever la escisión entre la madre genética y la gestante, pero también es claro que frente a la explícita indicación normativa que rige en Italia, no se puede privilegiar la tesis de la prevalencia de la madre genética sin intervención del legislador para modificar la norma que, por lo demás, parece muy improbable si se tiene en cuenta que la mayor parte de los países europeos ha prohibido los acuerdos de maternidad subrogada (p. 104).

Según el profesor Busnelli, el juez romano reconoce lo anterior cuando integra a la sentencia una solución singular y arbitraria con las siguientes palabras: “no se puede rectius no se debe excluir el derecho de la madre subrogada a continuar viendo el niño, a seguirlo, a ser partícipe en sus manifestaciones de vida, y a tenerlo con ella durante algunas horas al día”. Esta solución viola el principio según el cual el menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de la familia propia (artículo 1º de la Ley 184 de 1983) y lo coloca en presencia de dos madres que, con toda probabilidad, pertenecen a dos grupos familiares diferentes (p. 104).

También critica a la sentencia el establecimiento de una especie de “tercera vía, intermedia entre los dos extremos de la imputabilidad absoluta y la plena aceptación del consentimiento de los particulares”, en materia de estados de familia (p. 105).

En resumen, opina que la providencia del Tribunal de Roma peca por defecto y por exceso. Lo primero, cuando a pesar del convencimiento de que es justo proveer a la salvación del embrión no se atreve a ordenar su implantación en el útero y se limita a autorizarla³.

Lo segundo, cuando se esfuerza por predeterminar el destino de tales embriones después del nacimiento, sustituyendo indebidamente al legislador o, más exactamente, poniéndose en contraste con él (p. 105).

Para finalizar su comentario a la sentencia, ofrece la misma solución, apegada a la legislación vigente, que da el profesor Sesta: reconocimiento del niño –aun antes del nacimiento– por el varón de la pareja comitente y adopción posterior por su cónyuge, tal como, por otra parte, lo había resuelto en caso similar el Tribunal de Monza en la ya citada sentencia del 27 de octubre de 1989 (p. 106)⁴.

Para el profesor de Pisa esta solución habría salvado, en el caso romano, tanto el derecho de los embriones a la vida, como la aspiración de los cónyuges comitentes a tener un hijo, sin conculcar los derechos de quien realizó el parto y, además, habría “salvado” la dignidad de la decisión judicial.

³ Tendría que limitarse a ordenar su transferencia, la implantación es hecho aleatorio que depende en gran parte de la naturaleza.

⁴ Salvo el problema de la adopción del nasciturus, desde que en Colombia comenzaron a aplicarse las técnicas de procreación humana asistida, hemos absuelto las consultas sobre este tema en el mismo sentido en que lo han hecho los profesores Busnelli y Sesta; sin embargo, siempre nos queda un ligero sentimiento de estar esquivando el compromiso, de evitar tomar el toro por los cuernos y eludir una contribución a la definición legal de este tipo de problemas. La tarea no es fácil porque envuelve la solución de profundos problemas éticos, sociales, económicos y jurídicos y porque las hipótesis pueden matizarse en muy variadas formas según las circunstancias concretas pero, en principio, si pensamos en el interés superior del menor, una definición clara y directa sobre los acuerdos de gestación sustitutiva y sobre sus efectos en materia de estado civil seguramente causará menos daño –si es que lo causa– que la “carambola a tres bandas” ajustada a la legislación vigente.

Proyecto de ley número 97 de 2001 Senado

El senador Antonio Guerra de la Espriella presentó un proyecto de ley para reformar el artículo 133 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1º. El artículo 133 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 quedará de la siguiente forma:

Artículo 133. De la repetibilidad del ser humano. El que por cualquier medio genere, intente o patrocine clonación en seres humanos incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Se entiende por clonación humana, la reproducción humana asexual, lograda al introducir material nuclear de una célula somática humana en un cigoto del cual su material nuclear ha sido removido o inactivado para producir un organismo viviente, en cualquier estado de desarrollo, genéticamente idéntico a un organismo previamente existente.

Se entiende por reproducción asexual, la reproducción no iniciada por la unión de un cigoto y un esperma.

Se entiende por célula somática, a la célula diploide, que consta de un grupo completo de cromosomas y es obtenida o derivada de un cuerpo humano vivo o muerto en cualquier nivel de desarrollo.

En la misma pena incurrirá el que importe, exporte o trafique con embriones producidos por clonación humana o por cualquier otro producto derivado de embriones de origen humano.

Artículo 2º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Estimados lectores, por favor, envíen sus comentarios al proyecto a nuestra dirección electrónica: deromano@uexternado.edu.co

Noticias del Mundo

En España, el tres de octubre de 2001, la Comisión de Ciencia y tecnología del Congreso rechazó una proposición no de ley, presentada por el Partido Socialista, que pretendía autorizar la investigación sobre células troncales embrionarias, provenientes de los embriones creados originalmente por fertilización *in vitro* en desarrollo de programas de procreación humana asistida.

En Holanda, en cambio, se aprobó una ley que permite la investigación sobre embriones y sobre sus células troncales. A los científicos les queda permitido usar los embriones obtenidos mediante fertilización *in vitro* que actualmente se encuentran criopreservados en las clínicas de asistencia médica a la procreación.